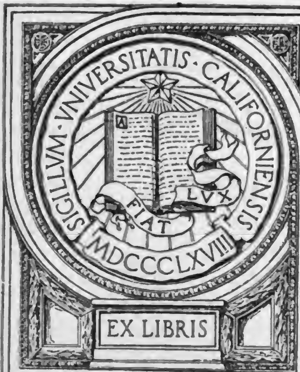
J N
3432
.K6



YB 65078

Digitized by Google

EXCHANGE


SIGILLVM · VNIVERSITATIS · CALIFORNIENSIS
FIAT LVX
MDCCCLXVIII
EX LIBRIS

TC OCT 19
ech

Das Aufsichtsrecht des Reiches über die Einzelstaaten

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Hermann Kiefer

Referendar am Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau



Breslau

Verlag von M. & H. Marcus

1908

Digitized by Google

JN 3432
.K6

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau

Referent: Professor Dr. Brie
Correferent: Professor Dr. Dahn

UNIV. OF
CALIFORNIA

Die vorliegende Dissertation ist der erste Teil einer demnächst unter demselben Titel zu veröffentlichenden größeren Arbeit. Diese erscheint als Heft 18 der Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, herausgeg. von Brie und Fleischmann. Die Inhaltsübersicht umfaßt jedoch die Gesammtarbeit.

Digitized by Google

Inhaltsübersicht

247383

Digitized by Google

Digitized by Google

UNIV. OF CALIFORNIA

Einleitung.

Das Aufsichtsrecht des Reiches über die Einzelstaaten ist eines der wichtigsten Glieder im Gefüge des Reichsstaatsrechts. Dies beweist allein schon der Umstand, daß Art. 4 der Reichsverfassung das Aufsichtsrecht mit dem Rechte der Gesetzgebung, diesem Grundpfeiler des Staatsrechts, in engster Verbindung nennt. Trotzdem hat dieses Aufsichtsrecht bisher nur selten eine ausführlichere, geschlossene Behandlung, niemals aber eine systematische Darstellung gefunden. Denn abgesehen von der Abhandlung E. Rümelin's aus dem Jahre 1883[1]), die selbst nicht den Anspruch auf Vollständigkeit macht, hat ihm nur Hänel in seinem Deutschen Staatsrecht eingehendere Behandlung zuteil werden lassen. Andere Staatsrechtslehrer, wie R. v. Mohl, Seydel, Zorn und Laband[2] haben es nicht abgeschlossen für sich dargestellt, sondern nur im Anschluß an das Gesetzgebungsrecht des Reiches erwähnt. Erörterungen über Aufsicht und insbesondere die staatsrechtliche Aufsicht bringen auch eine Reihe Schriftsteller bei Behandlung der staatlichen Aufsicht über die Selbstverwaltungskörper, so insbesondere v. Stein[3]), Gierke[4]), v. Roenne[5]) O. Mayer[6])

---

[1]) E. Rümelin, Das Beaufsichtigungsrecht des Deutschen Reiches, in der Zeitsch. für die ges. Staatswissenschaft, Bd. 39, Seite 185 ff.

[2]) Bemerkungen über die Aufsicht bringen Laband, Band II, Seite 192 fg., Zorn, Band I, Seite 426, Anm. 58, v. Mohl, Seite 265 fg., Seydel, Commentar Seite 59 f., und insbesondere in seinem Aufsatz: Das Reichsaufsichtsrecht und die Reichsseuchenkommissäre, Blätter f. administr. Praxis 1895, Bd. 45, Seite 91 ff.

[3]) Verwaltungslehre Bd. I. 2, Seite 147.

[4]) Genossenschaftstheorie, Seite 663 fg.

[5]) Preuß. Städteordnung. Einltg. Seite 8 ff.

[6]) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, Seite 415 ff.

Digitized by Google

TO VIMU
AMARONLIAD

und Preuß[1]). Alle diese Erörterungen sind jedoch im Wesentlichen nur auf die diesen Schriftstellern vorliegende Frage eingestellt; sie können daher nicht ohne Weiteres als allgemeingültig angesehen werden. Es stellen aber insbesondere die Erörterungen von Preuß über Aufsicht, staatliche Aufsicht, Subordination u. dgl. hinsichtlich der Festlegung der Begriffe eine wertvolle Fundstätte dar. Neuerdings hat Schoenborn[2]) die Frage des Aufsichtsrechts der modernen Staaten angeregt. Da die allgemeinen Erörterungen der vorliegenden Arbeit bereits im Wesentlichen abgeschlossen waren, ehe ich die Schoenborn'sche Schrift zu Gesicht bekam, so sei es mir gleich an dieser Stelle gestattet, mich über sie zu äußern[3]).

Der Verfasser gelangt, wenn auch auf anderem Wege, etwa zu der gleichen Begrenzung des Begriffs der Aufsicht, wie er unten von mir bestimmt wird. Daß der Verfasser aber ein allgemeines Aufsichtsrecht des Staates über die Untertanen — wenigstens als einheitlich — völlig negiert und ein Oberaufsichtsrecht nur noch in der Aufsicht des Staates über seine Organe findet, halte ich für verfehlt. Ich gelange hierin zu dem entgegengesetzten Ergebnis[4]). Bezüglich des Ausdrucks Oberaufsicht weist schon Stein[5]) darauf hin, daß mit diesem Ausdruck nur eine freiere Aufsicht, d. h. eine Aufsicht über die Tätigkeit Jemandes bezeichnet wird, welcher der Befehlsgewalt des Beaufsichtigenden nicht völlig unterworfen ist, sondern auch über eine freie Sphäre eigener Willensbetätigung verfügt. Dies ist aber doch bezüglich des Beamten, soweit er Organträger ist, nicht der Fall. Dieser ist als Beamter der Befehlsgewalt der übergeordneten Behörden letzten Endes restlos unterworfen[6]). Aus diesem Grunde hat die Schoen-

[1]) Das Städtische Amtsrecht in Preußen, bes. Seite 196 f. Vgl. auch Rosin, Recht der öffentl. Genossenschaft § 8. Seite 109 ff. und Blodig, die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff. Seite 45 fg.

[2]) W. Schoenborn, das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsrecht. Heidelberg 1906.

[3]) Sie wird auch noch unten an den betreffenden Stellen fortlaufend berücksichtigt.

[4]) Besonders Seite 54 fg.

[5]) A. a. O. Seite 240 fg.

[6]) Vgl. auch die Erörterungen von Preuß, a. a. O., über Subordination.

Digitized by Google

born'sche Schrift, trotz treffender Betrachtungen im Einzelnen doch ihr Ziel verfehlt. Erwähnt mag hier schon werden, daß Schoenborn die Oberaufsicht des Reiches über die Einzelstaaten unter die Organaufsicht bringen muß, obwohl er die starke Verschiedenheit beider Aufsichtsarten nicht verkennt. Auch widmet er der Reichsaufsicht über die Einzelstaaten überhaupt nur wenige Bemerkungen [1]).

In der vorliegenden Schrift soll versucht werden, die dem Aufsichtsrechte im Organismus des Reichsstaatsrechts zukommende Stelle zu bestimmen und es auch in seiner praktischen Ausgestaltung im geltenden Reichsstaatsrechte darzustellen. Dadurch zerfällt die Behandlung von selbst in einen allgemeinen Teil und in eine spezielle Darstellung. Ehe aber an die Darstellung des Reichsaufsichtsrechts herangetreten werden kann, soll, da Begriff und Wesen der Aufsicht keineswegs feststeht, eine grundlegende Erörterung über diese Punkte der Behandlung des eigentlichen Themas vorhergehen.

I. Teil.

Grundlegende Erörterungen.

§ 1. Die Bedeutung des Ausdrucks: Beaufsichtigen.

1. Hänel hat für das Wort Staatsaufsicht zunächst einen weiten, allgemeinen und ferner einen engeren, spezifischen Sinn festgestellt. In jenem weiteren Sinne soll es gleichbedeutend mit Beobachtung oder Ermittelung sein, während es erst im sogenannten engeren Sinne den eigentümlichen Aufsichtsbegriff enthalte. Jedoch er selbst sagt schon [2]): „Die Beaufsichtigung in diesem (allgemeinen) Sinne ist notwendiger Bestandteil aller und jeder Staatstätigkeit, unter welchem Gesichtspunkt man sie auch betrachte“ und ferner „sie ist nicht eine der besonderen Hervorhebung und Feststellung bedürftige Competenz des Reiches, sondern notwendiger und darum selbstverständlicher Bestandteil jeder ihm durch die Verfassung beigelegten Competenz.“ Hieraus ergibt sich, daß er mit diesem allgemeinen Sinne des Wortes Beaufsich-

[1]) Besonders Seite 49 und 59.

[2]) Hänel, Deutsches Staatsrecht, Bd. I, Seite 300.

Digitized by Google

tigen einen juristisch nicht bestimmbaren Begriff verbindet, unter den er alle die Tätigkeiten des Staates zusammenfassen will, in denen es sich um ein Zusehen, Beobachten, Ermitteln — gleichgültig zu welchem Zwecke — handelt. Ein Grund aber, warum er diesen weiten vieldeutigen Begriff mit dem sonst so bestimmten, eng begrenzten Ausdrucke „Beaufsichtigen" bezeichnet, ist von ihm nicht angegeben. Es müßte denn der sein, den er am Anfang andeutet, daß „nicht nur der gemeine, sondern auch der gesetzliche Sprachgebrauch" diesen weiten, allgemeinen Sinn mit dem Worte Beaufsichtigung verbindet.

Es ist nun zweifellos nicht allgemeiner Sprachgebrauch, „beaufsichtigen" in demselben Sinne wie „beobachten" zu gebrauchen. Das erhellt schon daraus, daß man nie ohne Änderung des Sinnes diese Worte für einander einsetzen kann. Beispiele aus dem täglichen Sprachgebrauche zeigen dies ohne weiteres. Man kann gewiß die Wolken beobachten, aber nie beaufsichtigen; und ein Hirte, der seine Herde beaufsichtigt, tut mehr als sie bloß beobachten. Wenn er nicht mehr täte, würde ihm seine Herde bald davon laufen. Hieraus erhellt zur Genüge, daß mit dem Ausdruck „beaufsichtigen" der allgemeine Sprachgebrauch mehr Begriffsmomente verbindet als mit dem einfachen „beobachten."

Und wenn Hänel meint, der gesetzliche Sprachgebrauch verbände mit dem Ausdrucke „beaufsichtigen" diesen allgemeinen Sinn, so ist dies auch nicht zutreffend. Denn in den Gesetzen, die er hierfür anführt, z. B.: dem Gesetz vom 26. Juni 1878 betr. Erhebungen über Tabakbau, Tabakfabrikation und Tabakhandel, in dem Gesetz vom 13. Februar 1882 betr. Erhebung einer Berufsstatistik und in dem Reblausgesetz vom 6. März 1875 ist zwar von Erhebungen und Ermittelungen die Rede, nie aber wird für eine staatliche Tätigkeit dieser Art der Ausdruck beaufsichtigen gebraucht. Es muß danach dieser sogenannte „allgemeine" Sinn des Ausdrucks beaufsichtigen, wie Hänel ihn annimmt, als nicht begründet, somit als irrtümlich bezeichnet werden[1]). Jedoch auch Laband folgt dieser Terminologie Hänel's[2]). Er wird anscheinend

[1]) Derselben Meinung auch Schoenborn, a. a. O.

[2]) Laband, besonders in seinem Aufsatze: die Reichsaufsicht über die Fremdenpolizei. Deutsche Jur. Zeitung XI. Jahrg. Nr. 11, S. 614 f. Vergl. auch v. Rönne, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. II, Seite 65.

Digitized by Google

hierzu durch das Bestreben verleitet, so die jedem Gesetzgebungsakte des Reiches vorausgehenden Erhebungen und Ermittelungen als Ausfluß des Rechts zur Beaufsichtigung zu konstruieren. Diese Konstruktion greift jedoch fehl[1]). Das Recht, Erhebungen und Ermittelungen über eine Angelegenheit anzustellen mit dem Zwecke, ein neues Reichsgesetz für diese Angelegenheiten zu erlassen, hat mit dem Recht der Beaufsichtigung dieser Angelegenheiten begrifflich nichts zu tun. Dieses Recht gehört vielmehr logisch zu dem Rechte der Gesetzgebung und ist in diesem enthalten und mit diesem gegeben[2]). Denn wäre dies nicht der Fall, wären dies getrennte Berechtigungen, die jede für sich gegeben sein müßten, so wäre doch der Fall denkbar, daß das Recht zur Gesetzgebung gegeben wäre, das Recht, Ermittelungen bezüglich neuer Gesetze anzustellen, aber nicht. Damit schwebte aber das Gesetzgebungsrecht zwischen Himmel und Erde und wäre tatsächlich negiert.

2. Es gibt also nur den einen engen, von Hänel auch weiterhin schon zum Teil näher begrenzten Sinn des Ausdrucks beaufsichtigen, den auch der allgemeine Sprachgebrauch in voller Schärfe kennt.

Die Worte Aufsicht und beaufsichtigen bezeichnen, mit sehen zusammenhängend, zunächst ein „auf etwas hinsehen“ oder besser ein „von obenher auf etwas sehen“. Sie würden damit etwa gleichbedeutend mit beobachten sein. Doch enthält, wie schon aus den oben angeführten Beispielen hervorgeht, der Ausdruck beaufsichtigen einen weiter gehenden Sinn, er drückt mehr aus wie das einfache beobachten. Zunächst ist aber eine gemeinsame Eigentümlichkeit beider Ausdrücke festzustellen. Es kann nämlich sowohl zu dem Ausdrucke beobachten wie zu beaufsichtigen stets nur ein Objekt hinzutreten, welches sich in einer Tätigkeit oder einer Bewegung befindet. Ebensowenig wie man eine Bildsäule, die den Platz nicht wechselt, „beobachten“ kann, kann man sie „beaufsichtigen“. Und zwar tritt diese Beschränkung des Kreises der möglichen Objekte bei dem Ausdrucke beaufsichtigen noch schärfer hervor als bei beobachten. Denn während zu beaufsichtigen stets nur ein

---

[1]) **Hänel a. a. O. zieht die obengenannte, von Laband gezogene Folgerung nicht.**

[2]) **Hänel, a. a. O.**

Digitized by Google

Objekt gedacht werden kann, welches sich gegenwärtig in Tätigkeit befindet, kann zu beobachten auch ein Objekt treten, das sich gegenwärtig in Ruhe befindet, sofern nur zukünftig eine Tätigkeit oder eine Bewegung desselben — aktiv oder passiv — erwartet wird.

Ein Gegensatz, und zwar der ausschlaggebende Gegensatz zwischen den Ausdrücken beaufsichtigen und beobachten liegt aber darin, daß bei dem Ausdrucke beaufsichtigen stets frühere gleichsam historische Beziehungen zwischen Subjekt und Objekt vorliegen müssen: Subjekt und Objekt müssen schon vorher in Beziehungen bestimmter Art getreten sein, ohne welche die Anwendung des Ausdrucks beaufsichtigen nicht möglich wäre. Für den Ausdruck beobachten gilt diese Beschränkung nicht. Man denke z. B.: Ein Arbeiter ist mit einer Arbeit beschäftigt. Ein Vorübergehender, der Interesse für die Arbeit nimmt, bleibt stehen. Er beobachtet die Arbeit, er kann sie jedoch nie beaufsichtigen. Ganz anders ist es, wenn der Vorgesetzte des Arbeiters kommt; dieser beaufsichtigt ihn. Es kann also nicht jeder jeden beliebigen Dritten beaufsichtigen, sondern sie müssen erst in bestimmte Beziehungen zu einander getreten sein. Es muß erst ein Verhältnis einer bestimmten Art zwischen ihnen bestehen, ehe der eine den anderen beaufsichtigen kann. Näher wird dieses Verhältnis durch das oben angeführte Beispiel, gerade weil es so primitiv ist, erläutert. Man kann die Wolken am Himmel niemals beaufsichtigen, ebenso einen Fluß, der seine Dämme zerrissen hat, wohl beobachten aber nicht beaufsichtigen. Dagegen kann man z. B. einen innerhalb der Dämme dahinfließenden Strom sehr wohl beaufsichtigen; denn man beaufsichtigt eben, daß er die ihm gezogenen Dämme nicht zerstört [1]). Hieraus ergibt sich, daß der Beaufsichtigende physisch und räumlich in der Lage sein muß, irgend einen Einfluß auf die Tätigkeit des Beaufsichtigten auszuüben. Er muß den Beaufsichtigten erreichen und auf ihn einwirken können [2]). Der Ausdruck beaufsichtigen setzt also eine Zahl früherer Beziehungen voraus, die zwischen seinem Subjekt und Objekt bestehen müssen. Er ist gleichsam nur ein Glied in

---

[1]) Es sei an die Beamtenkategorie der Strom„aufseher“ erinnert.

[2]) Ähnlich Schoenborn, a. a O. Seite 9.

Digitized by Google

einer fortlaufenden Reihe von Vorstellungen. Der Ausdruck löst in uns bewußt oder unbewußt die ganze Reihe von Vorstellungen aus, in deren Mitte er erst in seiner vollen Präzision erscheint. Eine Vorstellungsreihe, die für unser Bewußtsein ohne weiteres mit einem Ausdrucke verbunden ist, kann aber nur durch logische Schlußfolgerungen mit diesem Ausdrucke zusammenhängen; denn nur dadurch ist ein untrennbarer Zusammenhang gegeben.

Welcher Art nun die Beziehungen sind, welche der Ausdruck beaufsichtigen voraussetzt, welches also die logischen Vorderglieder der Reihe sind, soll sich daraus ergeben, daß wir den Ausdruck beaufsichtigen und den Ausdruck beobachten mit demselben Objekt verbunden nebeneinander stellen. Es genügt dazu schon, das oben angeführte einfache Beispiel wieder zu benützen.

Der Hirt, der seine Herde beaufsichtigt, beobachtet nicht nur ganz passiv und unbeteiligt seine Tiere, sondern er achtet auf vielerlei, darauf, daß sie fressen, daß sie nichts unrechtes fressen, daß sie z. B. nicht von des Nachbars Kohl fressen, er paßt auf, daß keines seiner Tiere davonläuft; sobald sich ein Tier von der Herde entfernt, treibt er es zurück [1]). Faßt man die positive und die negative Seite dieser seiner Tätigkeit zusammen, so kann man sagen: der Hirt, der seine Herde beaufsichtigt, sieht zu, daß seine Herde richtig weidet und daß sie nichts unrichtiges tut. Auf dieses Grundschema wird man aber jede Aufsichtstätigkeit zurückführen können: der A., der den B. beaufsichtigt, sieht zu, daß B. eine Tätigkeit „richtig" ausführt und daß er keine „unrichtige" Tätigkeit vornimmt. Der beste und allgemeinste Beweis für die Richtigkeit dieser Formel wird der sein, daß man stets für den Ausdruck „einen Andern beaufsichtigen" wird einsetzen können: „zusehen, ob der Andere es richtig macht" oder „zusehen, daß er nichts falsches macht".

3. Wir sehen also, daß der Ausdruck beaufsichtigen stets auf den Ausdruck beobachten oder zusehen zurückgeht, daß er aber noch über diesen Ausdruck hinaus ein Zweckmoment enthält, das ihm erst seine volle, enger begrenzte, präzise Bedeutung gibt. Und zwar ist der Zweck immer der, festzustellen, ob die beobachtete Tätigkeit richtig von statten geht. Dadurch unter-

---

[1]) Z. B. § 12 des Feld- und Forstpolizeigesetzes.

Digitized by Google

scheidet er sich also von dem Sinne des farblosen, dieses Zweckmoment nicht ausdrückenden Beobachten. Eine völlige Gleichstellung der beiden Ausdrücke wäre zum mindesten eine sprachliche Ungenauigkeit, die auf juristischem Gebiete keinen Platz haben kann.

§ 2. Das Aufsichtsverhältnis. Aufsichtsrecht und Herrschaftsrecht.

Haben wir aber erst dieses Schema für den Ausdruck beaufsichtigen gefunden, so lassen sich hieran eine Reihe von Folgerungen knüpfen, welche uns die Reihe von Vorstellungen, in deren Mitte die Aufsicht logisch erscheint, enthüllen sollen.

Wenn A. den B. beaufsichtigt, so heißt das nach dem Schema: A. beobachtet den B. und sieht zu, ob B. eine Tätigkeit richtig ausführt und daß er nichts unrichtiges tut. Was heißt aber hierbei nun „richtig“ oder unrichtig“? In wessen Sinne soll diese Tätigkeit richtig sein? Nur im Sinne dessen, der sie beaufsichtigt. Es ergibt sich also, daß hier jemand eine Tätigkeit ausübt, ohne darüber entscheiden zu dürfen, ob er sie richtig, d. h. seinem Ermessen nach sachgemäß und seinem Willen entsprechend ausführt. Sondern diese Entscheidung über Richtigkeit oder Unrichtigkeit seiner Tätigkeit hat ein anderer, der Beaufsichtigende. Dieser sagt aber nicht ohne jede Absicht dem Beaufsichtigten „dies an deiner Tätigkeit ist falsch, jenes ist richtig“, sondern der Beaufsichtigte ist an diese Entscheidung dahin gebunden, daß er das, was der Beaufsichtigende als richtig bezeichnet, weiter tun darf, das hingegen, was der Beaufsichtigende als unrichtig bezeichnet, unterlassen muß. Die Entscheidung des Beaufsichtigenden wirkt also bestimmend auf sein Tun zurück. Sein Handeln ist also nicht frei, geschieht nicht der eigenen Urteilskraft, dem eigenen freien Willen entsprechend, sondern wird beschränkt, geleitet durch die ihm kundgetane Willensäußerung des Beaufsichtigenden. Dieses Verhältnis des Beschränktseins, der Gebundenheit des Willens auf der einen Seite und der dieser entsprechenden Überlegenheit des Willens auf der anderen Seite ist aber als Herrschaftsverhältnis zu bezeichnen. Der Beaufsichtigte ist dem Willen des Beaufsichtigenden unterworfen, das heißt: er wird von ihm beherrscht.

Digitized by Google

Es zeigt sich also aus allem diesem, daß jedem Aufsichtsverhältnisse ein Herrschaftsverhältnis zugrunde liegen muß. Ehe jemand einem anderen sagen kann, ob eine bestimmte Tätigkeit desselben richtig oder falsch, d. h. dem Willen des ersten entsprechend oder nicht ist, muß er ein Recht haben, über die Tätigkeit des anderen und die Art und Weise derselben zu verfügen: er muß ein Herrschaftsrecht über ihn haben.

Es ist näher auf diesen Zusammenhang zwischen Aufsicht und Herrschaft, Aufsichtsrecht und Herrschaftsrecht einzugehen. Zunächst ist aber eine andere Feststellung zu treffen. Wenn es nämlich richtig ist, daß ein Rechtsverhältnis ein Verhältnis ist, durch welches Rechte auf der einen und Pflichten auf der anderen Seite bestimmt sind, so ist klar, daß jedes Aufsichtsverhältnis als ein Rechtsverhältnis zu bezeichnen ist; denn schon dadurch, daß ihm ein Herrschaftsverhältnis zugrunde liegt, ergibt sich, daß in ihm Rechte und Pflichten vorkommen.

Wenn gesagt worden ist, daß jedem Aufsichtsverhältnisse ein Herrschaftsverhältnis zugrunde liegt, so sei nun der Satz dahin erweitert, daß in Umkehrung davon auch gilt: in jedem Herrschaftsrechte ist ein Aufsichtsrecht enthalten. Damit sind aber Aufsicht und Herrschaft, Aufsichtsrecht und Herrschaftsrecht in einen notwendigen Zusammenhang gebracht.

Herrschaft ist begrifflich der Zustand, in welchem das herrschende Wesen über das beherrschte Wesen volle Verfügungsgewalt besitzt. Ist das Objekt der Herrschaft eine willensunfähige Sache, so erschöpft sich die Verfügungsgewalt des Herrschenden darin, daß er mit der Sache „tun" kann, was er will. Ist aber das Objekt der Herrschaft selbst willebegabt — und um Herrschaftsverhältnisse dieser Art kann es sich bei der Aufsicht nur handeln [1]), — so erstreckt sich die Herrschaft auch auf den Willen des beherrschten Wesens. Der Herrschende kann über den Willen

[1]) Denn eine Aufsicht ist, wie oben erwähnt, nur über ein Tun möglich. Zu den willebegabten Wesen im engeren Sinne treten allerdings alle die ihrer Natur nach willensunfähigen Sachen, welche auf irgend eine Art, z. B. durch eine Naturgewalt, eine eigene Bewegung haben, wie der dahinfließende Strom, herabrollende Steine, Maschinen und dergl. Bei diesen Körpern wird die in ihnen wirksame Naturgewalt dem intellektuellen Willen der Lebewesen gleichgesetzt.

Digitized by Google

des Untergebenen verfügen, er kann den Willen des Untergebenen nach seinem Willen formen. Natürlich ist hierzu ein Tätigwerden des beherrschten Willens selbst erforderlich, das der Herrschende direkt nicht hervorrufen kann. Aber dieses Tätigwerden des eigenen Willens ist dem Beherrschten durch das Herrschaftsverhältnis auferlegt: das „mit sich geschehen lassen“ der willensunfähigen Sache wird bei einem willebegabten Herrschaftsobjekte zum eigenen Wollen, zum Gehorchen. Diese Art der Willensübertragung bietet nun dem Herrschenden, da eben dabei ein freies Tätigwerden des Willens des Beherrschten notwendig ist, aus sich selbst heraus nicht die Gewähr, daß sein Wille wirklich zur Ausführung kommt und ob er richtig ausgeführt wird. Wenn er seinen Willen an einer willensunfähigen Sache betätigt, so weiß er, da er direkt auf die Sache einwirkt, daß sein Wille erfüllt ist. Wenn er also einen Tisch irgend wohin stellen will und tut dies selbst, so weiß er dann auch, daß nun der Tisch dort steht. Trägt er jedoch, um denselben Zweck zu erreichen, einem andern, z. B. einem Bedienten auf, den Tisch nach jener Stelle zu tragen, so bedarf es, wenn er sich die Gewißheit verschaffen will, daß sein Wille, sein Befehl ausgeführt ist, und daß er richtig ausgeführt ist, noch einer eigenen Tätigkeit: er muß zusehen, ob der Tisch richtig an der richtigen Stelle steht. Dies ist aber eine Betätigung des Aufsichtsrechtes: er kontrolliert die Tätigkeit des Bedienten.

Dieses Aufsichtsrecht ist also ein logisches und darum notwendiges Suffix der Befehlsgewalt über ein selbst willebegabtes Wesen. Hätte der Herrschende dieses Recht „zuzusehen, ob der Andere es richtig macht“ oder „daß er nichts falsches macht“ nicht, dann wäre sein Herrschaftsrecht illusorisch. Er erließe Befehle, aber kein Untergebener kümmerte sich darum[1]) oder er brauchte sich wenigstens nicht darum zu kümmern. Jedes Herrschaftsrecht gelangt erst durch das Aufsichtsrecht zur praktischen Durchführung, denn dieses Recht ist das Mittel, durch welches der Herrschende sich die Gewißheit verschaffen kann, daß die Tätigkeit seines Untergebenen seinem Willen entspricht. Schon darum ist es unzweifelhaft, daß jedes Herrschaftsrecht dieses Recht der Aufsicht

---

[1]) Vgl. auch Laband, Band II Seite 190.

Digitized by Google

in sich trägt: Wo ein Herrschaftsrecht über ein willebegabtes Wesen vorliegt, da ist ohne weiteres auch ein Aufsichtsrecht gegeben, und wo eine Aufsicht stattfindet, da ist auch ein Herrschaftsrecht vorhanden.

Wenn nun jedes Aufsichtsrecht durch ein Herrschaftsrecht über ein willebegabtes Wesen hervorgerufen wird[1]), dann werden die Erscheinungsformen eines derartigen Herrschaftsrechtes auch die Arten der dazugehörigen Aufsichtsrechte bedingen. Wir werden von den Erscheinungsformen dieser Herrschaftsrechte aus zu verschiedenen Erscheinungsformen und somit zu einer Einteilung der Aufsichtsrechte gelangen.

§ 3. Arten der Aufsicht. Positive und negative Aufsicht.

1. Das Herrschaftsrecht über ein willebegabtes Wesen äußert sich — abgesehen davon, daß auch hier ein rein körperliches Verfügen möglich ist — darin, daß der Herrschende den Willen des Untergebenen beherrscht. Der Herrschende braucht dem Untergebenen nur seinen Willen kundzutun, so hat der Untergebene zu gehorchen. Die Herrschaft über den Willen ist aber nur das Mittel, um dadurch über die Körperkräfte des Untergebenen zu verfügen, sie dem eigenen Willen nach benützen zu können[2]).

Der Herrschende kann nun zunächst, um durch seinen Willen eine Tätigkeit des Untergebenen hervorzurufen, diesem eine genau bezeichnete, bis ins einzelne vorgeschriebene Tätigkeit auftragen. Dies ist die einfachste Art, wie sich die Übertragung seines Willens vollziehen kann. In diesem Falle wird sich die Aufsicht des Herrschenden nur positiv darauf beschränken, festzustellen, ob der Untergebene die ihm erteilten Befehle ausführt und ob er sie genau so ausführt, wie sie ihm erteilt sind. Man wird diese Art der Aufsicht als positive Aufsicht bezeichnen können[3]).

---

[1]) Siehe aber auch Seite 9 Anm. 1.

[2]) Die Verfolgung dieses Gedankens ist besonders für das Strafrecht von Bedeutung. Vgl. die Theorie bei v. Liszt über das Handeln auf Befehl. Ein näheres Eingehen hierauf liegt jedoch außerhalb des Rahmens dieser Arbeit.

[3]) Für die positive Aufsicht in diesem Sinne wird auch der Ausdruck „Kontrolle“ gebraucht. Es liegt hier eine gedankliche Reminiszenz an den ursprünglichen Sinn dieses Wortes contre-rôle = Gegenrechnung vor. Man

Digitized by Google

Das Herrschaftsrecht über ein willebegabtes Wesen kann sich aber nicht in diesem Befehlen, Auftragen auf der einen und Gehorchen auf der andern Seite erschöpfen. Wäre dies der Fall, dann sänke das willebegabte Wesen zur willensunfähigen Maschine herab: es täte unter Verzicht auf eine eigene Willensäußerung immer das und nur das, was ihm der Wille des Herrschenden genau vorschreibt; erfolgt kein positiver Befehl, dann ist nichts zu tun, sein Wille steht still. Jedes willebegabte Wesen wird, je höher es entwickelt ist desto mehr, darnach streben, trotz eines über ihm bestehenden Herrschaftsrechtes seinen Willen frei zu betätigen. Der Herrschende wird eine freie Tätigkeit des Untergebenen nicht verhindern können und auch nicht verhindern wollen. Er wird oft ein Interesse an der freien Tätigkeit des Untergebenen haben, wie z. B. die Eltern, die sich freuen, wenn ihr Kind frei umherspielt. Aber auch in seiner freien, d. h. der nur dem eigenen Willen entspringenden Tätigkeit ist der Untergebene nicht völlig unbeschränkt; das Herrschaftsrecht, das ein anderer über ihn hat, wird sich ihm auch hier fühlbar machen. Der Herrschende wird ihn nach seinem eigenen Willen nur solange leben lassen, wie es seinem — des Herrschenden — Willen entspricht. Sobald der Untergebene etwas tut, was dem Herrschenden nicht genehm ist, wird der Herrschende dem freien Tun des Untergebenen ein Verbot entgegensetzen. Die Gehorsamspflicht zwingt dann den Untergebenen, dieses Tun zu unterlassen[1]).

Es zeigt sich, daß hier das Herrschaftsrecht sich nicht im Befehlen äußert, sondern in erster Linie nur in der Aufsicht: der Herrschende beobachtet die freie Tätigkeit des Untergebenen und sieht zu, ob er etwas falsches, d. h. etwas dem Gefühl oder

prüft gleichsam die Tätigkeit des Beauftragten an der Hand des ihm erteilten Auftrags nach. Die Ausdrücke bezeichnen aber doch nicht immer dasselbe; denn der Ausdruck „Kontrolle“ wird auch dann gebraucht, wenn der Ausdruck beaufsichtigen nicht anwendbar ist. Es ist dies z. B. in allen den Fällen möglich, in denen dem betreffenden Verhältnisse eine Herrschaft nicht zugrunde liegt, z. B.: man kontrolliert den Inhalt einer Geldkassette, oder eine Kontrolluhr kontrolliert den Gasverbrauch u. s. w. Vgl. auch Schoenborn, Seite 33.

[1]) Über positive und negative Aufsicht vgl. auch Gierke, Genossenschaftstheorie Seite 658f.

Digitized by Google

dem Willen des Herrschenden nicht entsprechendes tut. Erst sobald er durch die Aufsicht feststellt, daß der Untergebene etwas falsches tut, erläßt er einen Befehl, ein Verbot, das diesem Tun des Untergebenen ein Ende macht. Diese Art der Aufsicht, die also immer darauf gerichtet ist zu bewirken, daß der Untergebene „nichts falsches" tut, kann man als negative Aufsicht bezeichnen. Bei der oben geschilderten positiven Aufsicht kann man also für beaufsichtigen stets einsetzen „zusehen, daß der Untergebene es richtig macht"; bei der negativen hingegen muß man einsetzen „zusehen, daß er nichts falsches macht".

Man könnte die positive Aufsicht vielleicht auch gebundene Aufsicht und dementsprechend die negative Aufsicht freie Aufsicht nennen. Denn die positive Aufsicht kann nur auf Grund eines positiven Befehls, einer Anordnung erfolgen und ist infolgedessen auch selbst an diese Anordnung gebunden. Der Herrschende hat dabei nur festzustellen, daß der Untergebene die ihm aufgetragene Tätigkeit „richtig", d. h. der ihm erteilten Weisung gemäß macht. Die negative Aufsicht, die an eine Weisung nicht gebunden ist, wäre darnach eine freie Aufsicht. Aber bei dieser letzteren Bezeichnung stößt man auf Schwierigkeiten und Widersprüche. Denn auch bei der negativen oder freien Aufsicht können bestimmte, vorher erlassene Weisungen, natürlich negativer Art, vorliegen. Der Herrschende kann nämlich, um sich seine Aufsicht zu erleichtern, dem Untergebenen, der sich frei betätigen will, von vornherein eine Zahl von Tätigkeiten bezeichnen, die er als seinem Willen nicht entsprechend ansieht und die er ihm demnach verbietet. So sind z. B. fast alle Gesetze, die ein Staat für seine Untertanen erläßt, derartige vorweg genommene Verbote. Der Herrschende ist dann aber auch an diese generell von ihm aufgestellten Verbote gebunden. Er kann ja bei sich bietender Gelegenheit noch auf Grund der Aufsicht spezielle Verbote erlassen, doch wird sich seine Aufsicht zunächst stets darauf richten, festzustellen, daß der Untergebene die für ihn erlassenen Verbote nicht übertritt. Die sogenannte freie Aufsicht ist also hier doch zum Teil gebunden. Sie ist daher besser als negative und dementsprechend die oben zuerst dargestellte Aufsicht als positive Aufsicht zu bezeichnen.

Digitized by Google

Nebenbei sei hier auf einen Punkt hingewiesen, der zwar für die vorliegende Frage von geringer Bedeutung ist, der aber in einer allgemeinen Erörterung über Aufsicht nicht fehlen darf, da er im logischen Zusammenhange ein wichtiges Bindeglied darstellt. Es ist dies das Verhältnis zwischen Aufsicht und Verantwortlichkeit [1]).

Eine Aufsicht findet, wie oben gezeigt, stets dann statt, wenn eine Herrschaft über ein willebegabtes Wesen vorliegt. Voraussetzung für die Aufsicht ist also die Gebundenheit eines Willens durch einen andern übergeordneten Willen. Diese Gebundenheit des untergebenen Willens bewirkt aber, daß der Träger dieses Willens, der Untergebene, für das Tun, das er im Gehorsam gegen den Willen des Herrschenden vollführt, nicht verantwortlich ist. Denn die Rechtsfolgen für ein Tun können den Täter nur treffen, wenn dieses Tun seinem eigenen freien Willen entspringt. Ist ihm aber durch das über ihm bestehende Herrschaftsverhältnis eine bestimmte Richtung für seine Betätigung vorgezeichnet, von der er nicht abweichen darf, so hat er sein freies Selbstbestimmungsrecht verloren. Die Rechtsfolgen für sein Tun, zumal nach außen hin, muß der tragen, der die Richtung seines Willens bestimmt hat, also der Herrschende: der Herrschende ist für sein Tun verantwortlich [2]). Ohne weiteres leuchtet dies bei der positiven Aufsicht ein. Denn wenn der Herrschende eine bestimmt bezeichnete, genau festgelegte Tätigkeit dem Untergebenen vorschreibt und dann auch beobachtet, daß der Untergebene genau den Anordnungen nach handelt, dann kann nicht der Untergebene, sondern nur der Auftraggeber für die Rechtsfolgen verantwortlich sein. Der Untergebene ist hierbei ja nur sein, wenn auch selbst wille-

---

[1]) Denselben Gedankengang verwendet in umgekehrter Richtung Schoenborn, Seite 23.

[2]) Selbstverständlich ist der Untergebene nur soweit von der Verantwortlichkeit entbunden, als er tatsächlich nicht frei gehandelt hat. Hat er etwas außerhalb des ihn bindenden Herrschaftsrechtes getan oder gar gegen den Willen des Herrschenden gehandelt, dann wird ihn die Verantwortung treffen. Vgl. auch § 831 B.G.B. Oft auch wird dem Untergebenen ein Tun von einer über ihm und über dem Herrschenden stehenden Gewalt, z. B. der Staatsgewalt verboten sein. Dann darf er einen ihm gegebenen Befehl nicht befolgen, oder aber ihn selbst trifft die Verantwortlichkeit.

Digitized by Google

begabtes Instrument[1]). Aber auch bei der negativen Aufsicht zeigt sich die Verantwortlichkeit des Herrschenden. Der Herrschende läßt den Untergebenen nur so weit frei handeln, als diese freie Tätigkeit ihm genehm ist. Alles was ihm unrichtig erscheint, verbietet er. Wenn nun der Herrschende dem Untergebenen etwas objektiv Unrichtiges durchgehen läßt, so treffen ihn die Rechtsfolgen; denn er konnte und mußte dem Untergebenen dies Tun untersagen[2]). In diesen Fällen wird aber auch der Untergebene neben dem Herrschenden die Verantwortlichkeit für sein Tun tragen müssen.

Für die Verantwortlichkeit des Beaufsichtigenden hinsichtlich der Tätigkeit des Beaufsichtigten finden sich zahlreiche Beispiele des täglichen und des Rechtslebens. So die Verantwortlichkeit des amtlichen Vorgesetzten für die Tätigkeit der ihm Untergebenen, die Verantwortlichkeit des Betriebsaufsehers einer Fabrik hinsichtlich der Tätigkeit der Arbeiter. Beispiele für die Verantwortlichkeit bei negativer Aufsicht bieten insbesondere die § § 832, 834 B. G. B. In beiden Paragraphen kommt auch der Ausdruck Verantwortlichkeit vor[3]).

2. Wenn oben die verschiedenen Erscheinungsformen der Aufsicht — positive oder negative Aufsicht — erörtert worden sind, ist nunmehr noch auf die Entstehung und den Umfang des Aufsichtsverhältnisses einzugehen. Es soll versucht werden, auch nach diesen Gesichtspunkten eine Einteilung der Aufsichtsrechte zu gewinnen. Auch hierbei wird auf die den Aufsichtsrechten zu Grunde liegenden Herrschaftsrechte zurückgegangen werden müssen. Es ergibt sich nun die Frage, ob eine Einteilung der Herrschaftsverhältnisse ihrer Entstehung und ihrem Umfange nach möglich ist.

Die Herrschaftsverhältnisse kann man ihrer Entstehung nach in natürliche und künstliche Herrschaftsrechte einteilen. Die erstgenannten entstehen dadurch, daß zu einem an und für sich überlegenen Wesen ein von Natur schwächeres, unter-

---

[1]) Vgl. den Satz: Qui facit per alium, facit per se.

[2]) Vgl. auch Laband Bd. I, Seite 347—348, daneben Reichsbeamtengesetz § 13.

[3]) Von praktischer Bedeutung wird die Frage über das Verhältnis von Aufsicht und Verantwortlichkeit m. E. bei der polizeilichen Aufsicht: wenn

Digitized by Google

legenes Wesen in Beziehung tritt. Hierbei ergibt sich sofort die naturgemäße Folge, daß der Wille des potentiell Tieferstehenden von dem Willen des potentiell Höherstehenden abhängig, d. h. von ihm in seiner Totalität beherrscht und geleitet wird. Wenn also ein Mensch und ein Tier oder ein erwachsener Mensch und Kinder in Beziehungen treten, so ist es selbstverständlich, das heißt naturgemäß, daß der Mensch das Tier und der erwachsene Mensch die Kinder beherrscht. Es entsteht zwischen ihnen ohne weiteres ein natürliches Herrschaftsverhältnis [1]).

Soll aber zwischen zwei an und für sich gleichstehenden Wesen [2]), also z. B. zwischen erwachsenen Menschen, ein Herrschaftsverhältnis entstehen, so muß dieses erst zwischen den Beteiligten künstlich geschaffen werden. Man hat hierbei von der völligen, unbeschränkten Willensfreiheit jedes einzelnen erwachsenen Menschen, wie sie die geschichtliche Entwickelung des vorigen Jahrhunderts auch rechtlich zur Anerkennung gebracht hat [3]), auszugehen. Jeder einzelne Mensch steht an und für sich gleichgeordnet neben dem andern. Ein natürliches Herrschaftsrecht ist keinem über einen andern — von den verwandtschaftlichen Verhältnissen und der Ehe abgesehen — gegeben. Soll nun ein

---

z. B. die Baupolizei bei Errichtung eines Bauwerks im öffentlichen Interesse eine bestimmte Form der Errichtung, wie es üblich ist, genau vorschreibt und infolge dieser Errichtung ein Unfall verursacht wird, dann erscheint zweifelhaft, wer zum Schadenersatz für den Unfall verpflichtet ist. Die Polizei lehnt eine Schadenersatzpflicht ihrerseits ab; der Private kann einwenden, daß er nicht anders bauen durfte.

[1]) Daß sich mit dem natürlichen Herrschaftsverhältnis auch ein natürliches Schutzverhältnis verbindet, ist ohne weiteres klar. Es ist aber eine Vermengung der Begriffe, wenn O. Mayer, d. Verwaltungsrecht, II. S. 418 f. die Schutzgewalt als einen Teil der Aufsichtsgewalt bezeichnet. Richtiger ist, wenn Gierke, Gen.-Theorie I. Seite 745, und v. Stein, Verwaltungslehre I. S. 147, die gesamte Aufsicht über einen Selbstverwaltungskörper als Vormundschaft bezeichnen.

[2]) Den folgenden Erörterungen liegen nur die privatrechtlichen Herrschaftsverhältnisse zu Grunde. Die Herrschaftsverhältnisse des öffentlichen Rechts, also die Herrschaftsrechte des Staates, der Kirche, der Gemeinde und anderer Zwangsgenossenschaften über ihre Mitglieder sind zunächst nicht berücksichtigt. Hinsichtlich des Staates vergl. aber unten § 6.

[3]) Als wichtiges Beispiel die Aufhebung der Leibeigenschaft.

Digitized by Google

Herrschaftsrecht entstehen, so muß der eine seinen freien Willen aufgeben und mit einem andern vereinbaren, dessen Willen als sein Tun bestimmend annehmen d. h. ihm gehorchen zu wollen. Er gesteht also dem andern ein Herrschaftsrecht über sich zu. Doch wenn er dieses Herrschaftsrecht ohne jede Einschränkung zuließe, dann gäbe er seine eigene Persönlichkeit völlig auf und sänke zum willensunmündigen Kinde herab. Er wird also gleichzeitig mit dem Herrschenden ein Abkommen treffen, das dessen Herrschaftsrecht beschränkt. Diese Einschränkung kann von zweierlei Art sein: entweder ist das Herrschaftsrecht zeitlich beschränkt oder es ist nur auf bestimmte Tätigkeiten des Untergebenen gerichtet. Ist es zeitlich begrenzt, so heißt dies: der Untergebene will eine bestimmte Zeit hindurch alles das tun und nur das tun, was ihm der andere befiehlt; sein Tun und Lassen soll diese Zeit über der andere bestimmen. Das Herrschaftsverhältnis kann aber auch derart eingegangen werden, daß der eine für eine bestimmte Tätigkeit oder für eine bestimmte Zahl von Tätigkeiten seine Kraft dem Willen des anderen zur Verfügung stellt. In der Wirklichkeit des täglichen Lebens werden jedoch diese beiden Arten der Abgrenzung eines Herrschaftsverhältnisses selten oder nie abgesondert für sich allein vorkommen; es wird fast immer eine Verbindung Platz greifen. Das Herrschaftsverhältnis wird einmal zeitlich begrenzt oder doch begrenzbar sein, andererseits aber auch nur eine bestimmte Zahl oder doch eine bestimmte Art von Tätigkeiten umfassen. Als bestes Beispiel hierfür seien nur sämtliche Dienstverhältnisse, die amtlichen[1]) wie die privatrechtlichen, erwähnt, in denen stets eine derartige Bestimmung zu finden ist.

Haben wir bisher die Herrschaftsverhältnisse nach der Verschiedenheit ihrer Entstehung eingeteilt, so zeigt sich nunmehr, daß dieselbe Einteilung auch beibehalten werden kann, wenn man den Umfang der Herrschaftsverhältnisse betrachtet. Wie oben schon angedeutet, erfassen die sogenannten natürlichen Herrschaftsverhältnisse das untergebene Wesen in allen seinen Betätigungen.

---

[1]) Wenn die Anstellung der Beamten auch zumeist auf Lebenszeit erfolgt, so ist doch damit nicht die absolute Unlösbarkeit des Dienstverhältnisses gegeben. Allerdings ist die einseitige Lösung des Verhältnisses von seiten der Behörde besonders erschwert.

Digitized by Google

Da diese Herrschaftsverhältnisse notwendig aus dem Grunde entstehen, daß das untergebene Wesen einen potentiell geringeren Willen hat, so schließen diese Herrschaftsverhältnisse eine gänzlich freie Betätigung des untergebenen Willens überhaupt aus. Die natürlichen Herrschaftsverhältnisse sind also gleichzeitig als vollkommene Herrschaftsverhältnisse zu bezeichnen. Die künstlichen oder besser gewillkürten Herrschaftsverhältnisse sind, wie oben gezeigt ist, schon ihrem Wesen nach derart, daß die Verabredung, die sie begründet, auch gleichzeitig ihren Umfang bestimmt. Diese Verabredung zwischen Herrschendem und Untergebenem wird nicht immer ein ausdrücklicher Vertrag sein, sondern es können stillschweigend ein für allemal aufgestellte Vertragsbedingungen, wie sie z. B. die Rechtsordnung in Dienstvertrag, Lehrvertrag u. s. w. aufstellt, angenommen werden. Aber eine Beschränkung, die den freien Willen des Untergebenen wahrt, muß stets vorhanden sein. Man sehe z. B. das Kündigungsrecht nach § 624 BGB. oder die (nicht als ausreichend zu erachtenden) Schranken für die sog. Konkurrenzklausel im § 74 HGB., selbst in § 133f der Gewerbeordnung. Ein Gebiet von gar nicht abzusehender Erstreckung wird mehr und mehr in den sog. Tarifverträgen beschritten[1]). Die gewillkürten Herrschaftsrechte sind also auch als unvollkommene Herrschaftsrechte zu bezeichnen.

Diese Einteilung der Herrschaftsrechte in natürliche und gewillkürte oder vollkommene und unvollkommene wirkt entsprechend auf die mit den Herrschaftsrechten verbundene Aufsicht zurück. Gerade die natürlichen Herschaftsrechte werden sinnfälliger, wenn man sie als natürliche Aufsichtsrechte betrachtet. Denn in ihnen ist zumeist Aufsicht gleich Herrschaft. Ohne weiteres zeigt sich auch bei ihnen, daß die Aufsicht des Herrschenden nach keiner Richtung hin beschränkt ist, daß sie also auch vollkommene Aufsichtsverhältnisse darstellen. Im Gegensatz hierzu ist das Aufsichtsrecht, das auf einem gewillkürten, beschränkten Herrschaftsrechte beruht, genau seinem Umfange nach begrenzt. Denn es kann sich nur so weit erstrecken als das Herrschaftsrecht reicht, mit dem es zusammen hängt. Und wenn es auch selten um seiner selbst willen zwischen den Parteien gewillkürt werden wird, so wird andererseits doch oft der Fall eintreten, daß der das Herr-

[1]) Dazu Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentages 1908.

Digitized by Google

schaftsrecht zwischen den Parteien begründende Vertrag ausdrückliche Bestimmungen darüber trifft, wie der Herrschende seine ihm vertraglich zustehende Aufsicht über den Untergebenen ausüben darf. Es ist also hierbei dann die Aufsicht auch noch innerlich, d. h. in den Betätigungsmitteln beschränkt. Der augenfälligste Beweis dafür, daß die auf einem gewillkürten Herrschaftsverhältnisse beruhende Aufsicht stets eine beschränkte ist, wird aber der sein, daß bei derartigen Aufsichtsverhältnissen die Zahl und Art der möglichen Aufsichtskonflikte bedeutender ist als bei den natürlichen Aufsichtsverhältnissen. Die Grenzen der Aufsicht sind enger, darum ist ein Streit über diese Grenzen häufiger.

§ 4. Der Inhalt des Aufsichtsrechtes.

Bisher sind die verschiedenen Arten der Aufsicht erörtert worden, nunmehr ist auf das ihnen Gemeinsame, auf den Inhalt jedes Aufsichtsrechtes einzugehen.

Der Inhalt eines Rechtes ist die Summe der möglichen Berechtigungen, die das abstrakte Recht in allen konkreten Anwendungsfällen ergibt, bezw. in sich schließt. Denn in den wenigsten Fällen ist der Inhalt eines Rechtes mit einer einzigen Berechtigung erschöpft. Sondern jedes Recht umfaßt zumeist eine ganze Zahl logisch mit einander verbundener und logisch sich ergebender Berechtigungen. So auch das Aufsichtsrecht. Und da das Aufsichtsrecht nur innerhalb eines Aufsichtsverhältnisses, also nur in Beziehung auf ein willebegabtes Objekt denkbar ist, so werden jeder Berechtigung des Beaufsichtigenden ebenso viele Pflichten des Beaufsichtigten entsprechen.

Der Inhalt jedes Rechtes wird durch den Zweck bestimmt, den das Recht konkret erfüllen soll. Der Zweck des Aufsichtsrechts ist aber schon oben, wo der Zusammenhang von Aufsichtsrecht und Herrschaftsrecht erörtert wurde, bestimmt worden. Es soll dem Herrschenden die Gewißheit verschaffen, daß die Tätigkeit des Untergebenen dem Willen des Herrschenden entspricht. Und wie oben gezeigt, ist hierbei zwischen positiver und negativer Aufsicht zu unterscheiden. Die positive Aufsicht soll dem Herrschenden, der dem Untergebenen eine bestimmte Tätigkeit aufgetragen hat, kund tun, ob der Untergebene die ihm aufgetragene Tätigkeit ausübt und ob er sie richtig ausübt. Die negative Auf-

Digitized by Google

sicht soll dem Herrschenden bei freier Tätigkeit des Untergebenen Aufschluß darüber geben, daß der Untergebene nichts Unrichtiges d. h. nichts dem unausgesprochenen[1]) Willen des Herrschenden Widersprechendes tut.

In beiden Fällen soll der Herrschende über die Tätigkeit des Untergebenen ein Urteil abgeben. Dieses Urteil geht dahin, ob die Tätigkeit des Untergebenen richtig, d. h. dem Willen des Herrschenden entsprechend ist oder nicht. Um dieses Urteil fällen zu können, muß nun der Herrschende zunächst die Berechtigung haben, jeder Zeit die Tätigkeit des Untergebenen in vollem Umfange in Augenschein nehmen zu dürfen. Dieses Recht der Kenntnisnahme ist der elementarste Ausfluß des Rechtes zur Aufsicht. Auf der Seite des Beaufsichtigten entspricht diesem Rechte des Beaufsichtigenden die unbedingte Pflicht zur Offenlegung seiner Tätigkeit. Er muß den Beaufsichtigenden in die Lage setzen, seine Tätigkeit genau beobachten zu können. Insbesondere muß er alle Anordnungen, die der Beaufsichtigende an ihn erläßt, um seine Tätigkeit bis ins Einzelne hinein klar zu erfassen, befolgen.

Wie sich in der Wirklichkeit des praktischen Lebens dieses Recht der Kenntnisnahme auf Seiten des Beaufsichtigenden und die Pflicht des Beaufsichtigten zur Offenlegung und Auskunftserteilung, zumal bei umfangreicher Tätigkeit des Beaufsichtigten, gestalten werden, ist summarisch kaum festzulegen. Bei den künstlichen oder gewillkürten Herrschaftsrechten wird zumeist der das Herrschaftsrecht begründende und abgrenzende Herrschaftsvertrag auch Bestimmungen darüber enthalten, in welcher Weise der Herrschende die ihm zustehende Aufsicht über die Tätigkeit des Untergebenen ausüben darf. Oft auch werden sich die dahingehenden Berechtigungen des Herrschenden und die Verpflichtungen des Untergebenen aus dem zu Grunde liegenden, allgemein geordneten Rechtsverhältnisse ergeben. Bei den natürlichen Herrschaftsverhältnissen werden derartige Bestimmungen zumeist fehlen. Für diese und im Allgemeinen wird festzustellen sein, daß jedes Mittel, welches geeignet ist, die Tätigkeit des Beaufsichtigten der

---

[1]) Oder doch dem nicht restlos ausgesprochenen Willen. Vergl. oben Seite 12—13.

Digitized by Google

Prüfung des Beaufsichtigenden offenzulegen, auch durch das Recht zur Aufsicht gegeben ist[1]).

Als hauptsächlichste Arten und Mittel der positiven und negativen Aufsicht werden zu nennen sein: ständig sich widerholende Revisionen, unvermutete Revisionen, das Einfordern von Berichten, die Anordnung laufender Berichte, Akten-Einsicht, Rechnungskontrolle[2]).

Eine weitere Berechtigung, die das Aufsichtsrecht gewährt, wird sich in dem Falle ergeben, daß der Beaufsichtigende bei seiner Beobachtung eine falsche Tätigkeit des Beaufsichtigten feststellt. Er wird also bei positiver Aufsicht feststellen, daß der Beaufsichtigte bei der ihm aufgetragenen Tätigkeit von der ihm erteilten Instruktion abweicht; bei negativer Aufsicht geht die Feststellung dahin, daß der Beaufsichtigte etwas tut, mit dem der Herrschende nicht einverstanden ist. In beiden Fällen wird der Beaufsichtigende das Recht haben, dem Beaufsichtigten mitzuteilen, daß dieser in dem bestimmten Punkte nicht dem Willen des Herrschenden entsprechend handelt; er wird ihn auf dieses Abweichen von seinem Willen aufmerksam machen. Es ist diese Berechtigung als das Recht der Beanstandung oder Mängelrüge bezeichnet worden[3]). Der Beaufsichtigende rügt, tadelt etwas, das er als Mangel der richtigen Ausführung bezeichnet[4]).

Diesem Rechte des Beaufsichtigenden zur Mängelrüge oder Beanstandung entspricht auf seiten des Beaufsichtigten die Pflicht,

---

[1]) Vgl. z. B. die Aufsichtstätigkeit der Gewerbeaufsichtsbeamten, Dienstanweisung vom 23. März 1892 (Minist.-Blatt der inneren Verwaltung Seite 190.) §§ 6—8.

[2]) Über das präventive Aufsichtsmittel der Genehmigung bin ich derselben Meinung wie Preuß, Das städt. Amtsrecht i. P. S. 163. Es ist freilich dasjenige Aufsichtsmittel, welches in den heutigen Rechtsstaat noch immer rudimentäre Eigenschaften vom Polizeistaat her hereinträgt. Vgl. auch die dort Zitierten.

[3]) Mit scharfer Gliederung Hänel, Band I Seite 311.

[4]) Vgl. als Beispiele: § 80 des preußischen Ausführungsgesetzes zum G. V. G., das Recht der Beanstandung im Preußischen Kommunalrechte, im § 77 der Städteordnung vom 30. Mai 1853 oder § 140 der Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891. Die Eigentümlichkeit in der Ausführung der Beanstandung, wobei sich die Aufsichtsbehörde in einer den Selbstverwaltungskörper schonenden Weise eines Beamten der Kommune bedient, interessiert an dieser Stelle nicht.

Digitized by Google

der Mängelrüge Gehör zu geben. Denn wie schon oben erwähnt, führt der Beaufsichtigende die Aufsicht nur, um durch sie sein Herrschaftsrecht über den Beaufsichtigten zu verwirklichen, um also sich zu vergewissern, daß der Beaufsichtigte seinem Willen gemäß tätig wird. Deshalb muß der Beaufsichtigte, sobald eine Mängelrüge erfolgt, dieser Gehör geben. Denn sie übermittelt ihm eine Willensäußerung des Herrschenden. Bei positiver Aufsicht wird der Beaufsichtigte prüfen müssen, ob er tatsächlich von der ihm erteilten Weisung abgewichen ist. Bei negativer Aufsicht wird für ihn nur in dem Falle, daß ein künstliches und also unvollkommenes Herrschaftsrecht des Beaufsichtigenden zu Grunde liegt, eine Prüfung, ob die Mängelrüge berechtigt ist, möglich sein. Denn wenn der Herrschende nicht über die gesamte freie Tätigkeit des Beaufsichtigten verfügen darf, so ist es möglich, daß er mit dem Befehle, der in der Mängelrüge enthalten ist, die Grenzen seiner Competenz überschreitet. Er kann also hierbei dem Untergebenen etwas untersagen auf einem Gebiete, auf welchem der Untergebene seiner Herrschaft nicht unterworfen ist. In diesem Falle könnte der Beaufsichtigte die Mängelrüge zurückweisen.

Liegt aber ein natürliches Herrschaftsrecht vor, das alle Tätigkeiten des Untergebenen erfaßt, so ist bei negativer Aufsicht eine Prüfung von Seiten des Untergebenen, ob die ihm mitgeteilte Mängelrüge berechtigt ist, ausgeschlossen. Denn hier hat er überhaupt keinen freien Willen dem Herrschenden gegenüber. Kommt er jedoch in den beiden ersten Fällen zu dem Schluß, daß aus dem einen oder andern Grunde die Mängelrüge zu Unrecht erfolgt ist, so muß er diesen Widerspruch gegen den Willen des Herrschenden diesem erklären. Es kommt damit zum Aufsichtskonflikt. In diesem wird festgestellt, ob die von dem Beaufsichtigten erhobenen Einwendungen gegen die Mängelrüge berechtigt sind. Sind sie berechtigt, dann ist die Mängelrüge gegenstandslos geworden. Wird aber festgestellt, daß sie unberechtigt sind, so hat der Beaufsichtigte nunmehr zur Mängelabhilfe zu schreiten. Er hat nunmehr dem ihm kundgetanen Willen des Beaufsichtigenden Folge zu leisten. Dasselbe hat bei einem natürlichen Herrschaftsrechte im Falle negativer Aufsicht der Untergebene sofort zu tun, da ihm hier keine Möglichkeit, die Mängelrüge anzufechten, bleibt.

Digitized by Google

Sollte aber der Beaufsichtigte, obwohl er endgültig zur Mängelabhilfe verpflichtet ist, trotzdem nicht zur Abstellung des Mangels schreiten, so hat der Beaufsichtigende weiterhin das Recht, zwangsweise die Durchsetzung seines Willens herbeizuführen. Dieses Zwangsrecht ist ihm nicht durch das Aufsichtsrecht gegeben, sondern es ist ebenso wie dieses ein notwendiger Ausfluß des Herrschaftsrechtes. Doch da es hier als unmittelbare Folge der Aufsicht in die Erscheinung tritt, so ist auch dieses Zwangsrecht gleichsam als notwendiger Schlußstein des Aufsichtsrechts zu erwähnen. Denn wie jedes Herrschaftsrecht über ein willebegabtes Wesen praktisch unwirksam wäre, wenn es nicht zu seiner Verwirklichung und Durchführung das Aufsichtsrecht zu Gebote hätte, so muß stets hinter dem Aufsichtsrechte, soll es nicht praktisch unwirksam und illusorisch sein, das Zwangsrecht stehen. Dieses soll durch irgend welche körperliche oder geistige Einwirkung den Untergebenen dahin bringen, daß er seinen Willen nach dem Willen des Herrschenden ändert, oder daß er doch gegen seinen eigenen Willen den betreffenden Erfolg herbeiführt [1]. Dieses Zwangsrecht allein ist, wenn es zum Äußersten kommt, imstande, die durch das Aufsichtsrecht festgestellte Abweichung des Willens des Beaufsichtigten von dem Willen des Beaufsichtigenden unschädlich zu machen: dem Herrschaftsrechte des Beaufsichtigenden zum Siege zu verhelfen.

§ 5. Die Aufsichtskonflikte.

Es bleibt noch etwas näher auf die Aufsichtskonflikte einzugehen. Diese stellen sich, wie oben gezeigt, dann ein, wenn auf eine Mängelrüge des Beaufsichtigenden hin nicht die Abstellung des Mangels, sondern ein Widerspruch des Beaufsichtigten erfolgt. Es ist auch schon gesagt worden, daß hier die Fälle der positiven und der negativen Aufsicht auseinanderzuhalten sind. Bei der positiven Aufsicht, wo also eine bestimmte, ins Einzelne gehende Anordnung des Herrschenden vorliegt, kann der Beaufsichtigte seinen Widerspruch gegen die Mängelrüge nur darauf stützen,

---

[1] Eventuell wird auch anderweitig gegen seinen Willen der Erfolg herbeigeführt. Im allgemeinen G. Meyer, Artikel „Zwangsgewalt“ im Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts II 1008.

Digitized by Google

daß er behauptet, von der ihm anfänglich erteilten Anweisung nicht abgewichen zu sein, also richtig gehandelt zu haben. Die Änderung seiner Tätigkeit, die der Beaufsichtigende nunmehr von ihm verlange, sei eine Änderung im Willen des Beaufsichtigenden. Sein jetziger Wille weiche von der dem Untergebenen erteilten Anweisung ab. Und da der Beaufsichtigende gleichfalls an den von ihm erteilten Befehl gebunden sei, so brauche der Beaufsichtigte dem geänderten Willen nicht Folge zu leisten. Der Streit geht also hierbei darum, ob die vom Beaufsichtigenden gerügte Tätigkeit des Beaufsichtigten diesem im anfänglichen Befehl aufgetragen sei oder nicht. Im privaten Leben werden sich diese Aufsichtskonflikte zumeist sehr leicht erledigen. Denn der Herrschende wird sich auf einen Streit über den von ihm anfänglich erteilten Befehl nicht einlassen; sondern indem er die bei ihm eingetretene Änderung seines Willens zugibt oder doch wenigstens dahin gestellt sein läßt, wird er die Mängelrüge dadurch erledigen, daß er dem Untergebenen eine neue positive Anweisung erteilt, die dieser natürlich ohne Widerspruch befolgen muß. Schwieriger gestalten sich diese Aufsichtskonflikte nur, wenn der die Tätigkeit des Untergebenen regelnde positive Befehl auf lange Zeit festgelegt ist und nicht ohne weiteres abgeändert werden kann. Es ist dies z. B. stets bei allen öffentlichen, besonders staatlichen, positiven Anordnungen der Fall. Diese sind gesetzlich d. h. in einer durch die staatliche Rechtsordnung bedingten und bestimmten Weise festgelegt. Darum kann sich sehr wohl ein ordnungsmäßiger, geregelter Streit über Inhalt oder Auslegung der Gesetzesbestimmung zwischen Herrschendem und Untergebenem ergeben. Denn der Staat ist an das von ihm erlassene Gesetz rechtlich gebunden und kann es nicht ohne weiteres im gegebenen Falle abändern.

Bei der negativen Aufsicht ist, wie gezeigt ist, ein Widerspruch gegen die Mängelrüge und damit ein Aufsichtskonflikt nur möglich, wenn nicht ein natürliches und vollkommenes, sondern ein künstliches und unvollkommenes Herrschaftsrecht vorliegt. Der Beaufsichtigte stützt hier seinen Widerspruch nicht darauf, daß er im Gegensatz zum Beaufsichtigenden behauptet richtig gehandelt zu haben, sondern er behauptet: die Tätigkeit, die ihm der Beaufsichtigende in der Mängelrüge verbietet, liege außerhalb

Digitized by Google

des Herrschaftsrechtes des Beaufsichtigenden, er habe ihm diese Tätigkeit nicht zu verbieten. Der Aufsichtskonflikt dreht sich also darum, ob die vom Beaufsichtigenden verbotene Tätigkeit des Beaufsichtigten noch im Bereiche des zwischen ihnen bestehenden Herrschaftsverhältnisses liege oder nicht: der Streit geht hier also um die Zuständigkeit des Herrschenden.

In den beiden Fällen der Aufsichtskonflikte, dem zuletzt erwähnten und dem oben geschilderten, ist also der Rechtsgrund für die Weigerung des Beaufsichtigten, der Mängelrüge zu genügen und Abhilfe zu schaffen, wesentlich verschieden. Im ersten Falle bestreitet er das Herrschaftsrecht des Beaufsichtigenden nicht, sondern er bestreitet nur, daß er dem in der Mängelrüge liegenden neuen Befehle Folge zu leisten habe, solange er einem früheren Befehle nach richtig handele. Im zweiten Falle bestreitet er das Herrschaftsrecht des Beaufsichtigenden über ihn auf dem von der Mängelrüge berührten Gebiete. Und wie sich im ersten Falle der Streit um den anfänglich vom Herrschenden erteilten Befehl, die Anweisung, dreht, so dreht er sich im zweiten Falle um den Inhalt des das Herrschaftsverhältnis begründenden Herrschaftsvertrages.

Auf welche Weise diese beiden Arten der Aufsichtskonflikte zwischen Beaufsichtigendem und Beaufsichtigtem erledigt werden, ob durch Einigung zwischen den Parteien oder durch Entscheidung eines Dritten, ist gleichgültig. Jedenfalls ist es ein regelrechter Streit, in welchem eine der Parteien mit ihrer Behauptung Recht behalten muß. Wird der Aufsichtskonflikt zu Gunsten des Herrschenden entschieden, wird also festgestellt, daß die Einwendungen des Beaufsichtigten gegen die Mängelrüge zu Unrecht erfolgt sind, so hat der Beaufsichtigte nunmehr für Abstellung des gerügten Mangels zu sorgen. Werden seine Einwendungen gegen die Rüge aber als berechtigt anerkannt, dann hat der Herrschende damit das Rügerecht verloren.

Zum Schluß dieser allgemeinen Erörterung ist noch darauf hinzuweisen, daß bei den bisherigen Folgerungen die einfachsten und ursprünglichen Verhältnisse zu Grunde gelegt worden sind. Es ist also zwischen der Person des Herrschenden und der des Beaufsichtigenden ein Unterschied nicht gemacht worden. Tatsächlich können dies aber oft verschiedene Personen sein. Denn

Digitized by Google

wenn auch das Aufsichtsrecht unzweifelhaft logisch mit dem Herrschaftsrechte verbunden ist, so ist es doch andererseits ein so selbstständiges Recht, daß es von dem Herrschenden seiner Ausübung nach an einen Dritten übertragen werden kann. Dieser Dritte führt dann für ihn und an seiner Stelle die Aufsicht über die Tätigkeit des Untergebenen[1]). Damit bekommt der Dritte aber nicht auch ohne weiteres das Herrschaftsrecht über den Untergebenen, sondern das Herrschaftsrecht, die Verfügungsgewalt über den Willen des Untergebenen hat der Herrschende. Allerdings ist schließlich auch eine Übertragung dieses Herrschaftsrechtes der Ausübung nach an den Beaufsichtigenden möglich, aber dieser übt dann wie die Aufsicht, so auch die Herrschaft nur für den und an Stelle des Herrschenden als fremdes Recht aus. Er ist seinerseits bei Ausübung dieser Rechte wieder an Befehle und Anweisungen, kurzum an den Willen des Herrschenden gebunden: er steht in dieser Hinsicht wieder in einem Herrschaftsverhältnisse zu dem Herrschenden. Aus der bunten Vielgestaltigkeit des Lebens wird man aber doch stets, will man zur richtigen Erkenntnis und rechtlichen Würdigung der Verhältnisse kommen, auf die oben entwickelten, einfachsten Verhältnisse zurückgehen müssen.

§ 6. Die Herrschafts- und Aufsichtsrechte des Staates

Den bisherigen Erörterungen lag der Aufsichtsbegriff im allgemeinen, wie ihn der Sprachgebrauch verwendet, zu Grunde. Im Folgenden ist zunächst auf das Wesen der staatsrechtlichen Aufsicht und die Arten staatsrechtlicher Aufsichtsverhältnisse einzugehen. Dann erst wird auf das Aufsichtsrecht des Reiches über die Einzelstaaten überzugehen und dieses nach Maaßgabe der Verfassung des deutschen Reiches zu erörtern sein.

Die vorliegende Arbeit durfte sich nicht bloß das Ziel setzen, nur alle auf das Aufsichtsrecht des Reiches über die Einzelstaaten sich beziehenden Bestimmungen des geltenden Reichstaatsrechts zusammenzustellen, sondern sie strebt möglichst von Grund aus das Aufsichtsverhältnis zwischen Reich und Einzelstaaten in

---

[1]) Hierfür sind leicht Beispiele aus dem täglichen Leben anzuführen. Man denke besonders an die sehr häufig vorkommenden Dienststellungen der Fabrikaufseher, Werkmeister, Poliere, Arbeitshaus- und Gefängnisaufseher.

Digitized by Google

seinen Erscheinungsformen und mit seinen Folgerungen klarzulegen: die das Aufsichtsrecht des Reiches beherrschenden, allgemeinen Gesetze zu finden und systematisch darzustellen[1]). Zu diesem Zwecke mußte sie von den allgemeinsten Gesichtspunkten ausgehen, um in immer enger sich schließenden Kreisen für den Zielpunkt der Betrachtung, das Aufsichtsrecht des Reiches über die Einzelstaaten, die allgemeingültigen Gesetze zu gewinnen. Von diesem Fundamente der systematisch gewonnenen Leitgedanken aus ist es erst möglich, auch kritisch an die einzelnen Bestimmungen des geltenden Reichsstaatsrechts heranzutreten, Lücken auszufüllen, Unklarheiten zu beseitigen und eventuell künftigen Bestimmungen die Bahn zu weisen. —

Das Wesen der staatsrechtlichen Aufsicht und die Eigenart staatsrechtlicher Aufsichtsverhältnisse wird hauptsächlich durch das Wesen des Staates, des einen Beteiligten bei diesen Aufsichtsverhältnissen, bedingt. Es ist daher notwendig das Wesen des Staates, soweit es für die vorliegende Frage in Betracht kommt, etwas näher ins Auge zu fassen.

Der Staat ist ein durch historische Ereignisse entstandener Verband einer Vielheit von Menschen, deren Zugehörigkeit zu ihm im Allgemeinen durch die Geburt bezw. das Wohnen auf einem bestimmten Gebiete, dem Staatsgebiete, bestimmt wird. Seinem Wesen nach ist er ein öffentlich-rechtlicher Zweckverband, oder, wie Preuß ihn nennt, ein den Gemeinwillen seiner Angehörigen personifizierender Organismus. Beides will sagen, daß der Staat eine organische, mit eigenem Willen versehene Rechtspersönlichkeit ist, die den Zweck hat, alle Gemeininteressen der zu ihm gehörenden und in ihm verbundenen einzelnen Menschen zu schützen und zu fördern. Aus der Verbandseigenschaft des Staates folgt, daß er über die Verbandsangehörigen, soweit die Verbandszwecke reichen, eine unumschränkte Herrschaft ausübt[2]). Da nun die Verbandszwecke des Staates begrifflich unbeschränkt sind, der Staat also alle nur denkbaren Gemeininteressen seiner Angehörigen, soweit er sie als solche anerkennt, wahrnehmen kann und muß,

[1]) Vgl. **Preuß**, das städtische Amtsrecht i. P. Seite 2: „Systematik ist Zurückführung der Rechtsinstitute auf wissenschaftliche Leitgedanken und organisatorische Prinzipien." Vgl. auch Seite 6 ibid.

[2]) Vgl. unten § 8.

Digitized by Google

so ist auch die Herrschaft des Staates über seine Angehörigen begrifflich unbeschränkt: die Angehörigen erscheinen ihm gegenüber als seine Untertanen. Ferner aber besteht eine Vielheit von Staaten an und für sich gleichberechtigt neben einander. Und schließlich ist der Staat die größte autonome, organisierte Menschenvereinigung, die es gibt[1]). Diese drei dem Wesen des Staates entnommenen Gesichtspunkte sind für die vorliegende Frage nach den staatlichen Aufsichtsverhältnissen, d. i. den Verhältnissen, in welchen der Staat als einer der Kontrahenten erscheint, ausschlaggebend.

Um zu einer Auseinanderstellung und Gruppierung der möglichen staatsrechtlichen Aufsichtsverhältnisse zu kommen, wird man nach den früheren Erörterungen am besten auf die staatlichen Herrschaftsrechte zurückgehen und zusehen müssen, in welchen Verhältnissen der Staat als herrschendes oder beherrschtes Wesen denkbar ist. Hierbei ist zunächst festzustellen, daß man, um alle Fälle zu umfassen, nur von dem Staate als herrschendem Wesen auszugehen braucht. Denn der Staat ist eben die größte, organisierte Menschenvereinigung; eine größere, mit Herrschaftsrechten ausgestattete Vereinigung, deren natürlicher Untergebener der Staat sein könnte, gibt es nicht[2]). Der Staat kann also höchstens von seinesgleichen, einem anderen Staate, beherrscht werden. Dieser einzige Fall, in dem der Staat als beherrschtes Wesen erscheint, wird aber auch von der andern Seite her, wo der Staat einen anderen Staat beherrscht, mit umfaßt. Es genügt also, den Staat stets als herrschendes Wesen anzunehmen und hiervon auszugehen.

Der Staat herrscht in letzter Linie, um wieder im weitesten Kreise zu beginnen, über sein Gebiet und über seine Untertanen.

Das Herrschaftsrecht des Staates über sein Gebiet, die Gebietshoheit, kann für die vorliegende Frage außer Acht gelassen werden. Denn nach den früheren Ausführungen kann eine Aufsicht nur über eine Tätigkeit ausgeübt werden. Eine Aufsicht über das Gebiet als solches ist unmöglich. Die Gebietshoheit wirkt für die

---

[1]) Die katholische Kirche wird um ihrer eigenartigen Stellung willen hier nicht berücksichtigt.

[2]) Auch hier sei von der besonderen Stellung der katholischen Kirche zum Staate, wie sie sich zeitweilig geschichtlich gestaltet hat, abgesehen, weil ihre Erörterung zu weit führen würde.

Digitized by Google

vorliegende Frage nur dahin, daß sie dem Staate einen Rechtsgrund gibt, Tätigkeiten nicht nur seiner Untertanen, sondern auch Landfremder, soweit sie in seinem Gebiet sich abspielen, ordnen und beaufsichtigen zu dürfen. Die Gebietshoheit kommt also hier nur so weit in Betracht, als sie dem Staate ein Herrschaftsrecht über Landfremde gibt, diese ihm in gewissen Beziehungen untertan macht.

Die Untertanen eines Staates haben ein jeder seine eigenen privaten Interessen, in deren Verfolgung sie ihre Lebenstätigkeit entfalten. Der Staat, der sie umfassende Gemeinwille, soll und wird ihnen diese Tätigkeit nicht vorschreiben. Er kann nur das Gemeininteresse dadurch wahren, daß er die private Tätigkeit beobachtet und zusieht, daß sie nicht gegen die Gemeininteressen verstößt. Sobald er annimmt, daß eine private Tätigkeit den Interessen der Allgemeinheit zuwiderläuft, wird er sie verbieten. Aber der Organismus des Staates allein ist nicht imstande, die Gemeininteressen der Untertanen zu vertreten. Jeder Untertan ist verpflichtet, an seinem Teile etwas für das Gemeinwohl zu leisten. Der Staat wird diese Leistungen der Untertanen organisieren und von jedem als allgemeine, öffentliche Pflichten fordern. Derartige öffentliche Leistungen sind namentlich die allgemeine Steuerpflicht, die Wehrpflicht, die allgemeine Zeugenpflicht, Pflicht Ehrenämter zu übernehmen. Diesem Verhältnisse zwischen Staat und Untertan entspricht die Aufsicht, die der Staat dem Untertan gegenüber hat. Positiv wird sich seine Aufsicht darauf erstrecken, darüber zu wachen, daß die Untertanen die ihnen auferlegten Leistungen erfüllen; negativ hat sie den Inhalt, darüber zu wachen, daß die Untertanen nichts dem Gemeinwohl Zuwiderlaufendes tun. Es sind dies die beiden Fälle positiver und negativer Aufsicht, wie sie oben erörtert worden sind.

Der Staat kann jedoch nicht die private Tätigkeit eines jeden Untertans immerwährend bewachen und in dem Augenblicke, wo dieser etwas gegen die Interessen des Staates Verstoßendes tut, ihm dies verbieten. Dies erstrebte allerdings der Polizeistaat des 18. Jahrhunderts. Der moderne Staat hat diesen Willen nicht mehr, da er eingesehen hat, daß dadurch der status libertatis seiner Untertanen allzusehr beschränkt, der einzelne Untertan auf diese Weise durch die Staatsorgane bevormundet wird. Der Be-

Digitized by Google

griff des modernen Rechtsstaates verlangt aber auch, daß der Staat nicht im einzelnen Falle und für den einzelnen Untertan sein Verbot erläßt, da diese Anwendungsart der staatlichen Herrschaft der freien Willkür der Organe des Staates Tür und Tor öffnet. Sondern der moderne Rechtsstaat muß für die Ausübung der negativen Aufsicht Rechtsgrundsätze aufstellen, die in gleicher Weise für alle Untertanen Geltung haben. Er wird also gesetzliche Verbote erlassen, in denen er von vornherein bestimmt, was er als dem Gemeinwohl zuwiderlaufend ansieht. Diese Verbotsgesetze sind aber nicht nur für die Untertanen zwingendes Recht, sondern auch der Staat ist an diese seine Gesetze gebunden: wenn er auch an der Tätigkeit eines Untertans Anstoß nimmt, darf er sie ihm doch nicht untersagen, wofern er sich nicht auf ein vorher gehörig erlassenes Gesetz oder eine Verordnung stützen kann[1]).

Neben den physischen Personen der Untertanen kommen als Objekte der Herrschaft und der Aufsicht des Staates nur noch juristische Persönlichkeiten in Betracht. Diese werden zumeist durch den Zusammenschluß einer Personenmehrheit für einen bestimmten Zweck gebildet. Sind die Interessen, zu deren Vertretung die Zweckverbände entstehen, rein materieller Natur und erfolgt ihre Befriedigung mit den Mitteln des privaten Verkehrs, haben schließlich die Verbände über ihre Mitglieder nur die Rechte des gemeinen Privatrechts, so haben derartige privatrechtliche Zweckverbände innerhalb des Staatsrechts keine besondere Bedeutung: sie erscheinen dem Staate gegenüber nicht verschieden von den physischen Untertanen und werden vom Staate auch mit den notwendigen Abweichungen im Wesentlichen wie physische Personen behandelt. Er erläßt für sie Gebote und Verbote, und seine Aufsicht über sie beschränkt sich dementsprechend positiv dahin, daß sie die für sie erlassenen positiven Anordnungen erfüllen, negativ dahin, daß sie die für sie erlassenen Verbote nicht übertreten. An der privaten Tätigkeit dieser Verbände hat der Staat kein Interesse.

Neben diesen privatrechtlichen Zweckverbänden bestanden

[1]) Vergl. auch § 2 Abs. 1 des R. St. G. B. Weshalb Schoenborn die Ansicht vertritt (a. a. O. Seite 21), daß dieses Aufsichtsrecht über die Untertanen, so verschieden es sich auch äußern mag, nicht unter einem einheitlichen Gesichtspunkte sich betrachten lasse, ist mir nicht verständlich

Digitized by Google

aber innerhalb des Staates Organismen, deren Mitgliedschaft nicht durch freien Vertrag, wie bei den privatrechtlichen, sondern durch Geburt und Wohnsitz, gleich wie die Staatszugehörigkeit, oder auch etwa durch den Beruf u. s. w. erworben wurde. Diese Organismen wollten auch nicht nur genau begrenzte Interessen ihrer Angehörigen vertreten, sondern erhoben, ebenso wie der Staat, die Forderung Gemeininteressen ihrer Angehörigen zu vertreten. Und schließlich begnügten sich diese Organismen nicht mit einer privatrechtlichen, d. h. vertraglichen Gewalt über ihre Angehörigen, sondern sie beanspruchten, gleich wie der Staat, eine allgemeine Herrschaft, eine öffentlich- rechtliche Zwangsgewalt über ihre Angehörigen.

Der Staat hat im Laufe der historischen Entwickelung diese öffentlich-rechtlichen Zweckverbände vielfach nicht anerkannt, sie unterdrückt und als solche beseitigt, da er für sich das Recht in Anspruch nahm, alle Gemeininteressen seiner Untertanen zu vertreten. Er hat aber, dem Fortschritte der gesellschaftlichen Kultur folgend, eingesehen, daß er allein nicht imstande ist, alle Gemeininteressen seiner Untertanen ersprießlich zu vertreten. Er hat anerkannt, daß es Gemeininteressen gibt, die besser ein kleinerer, öffentlich-rechtlicher Zweckverband vertritt. Er hat diese öffentlich-rechtlichen Zweckverbände organisiert und ihnen die Gebiete ihrer freien Tätigkeit angewiesen[1]). Er hat ihnen auf diesen Gebieten selbständige, der staatlichen gleiche Verwaltung, er hat ihnen die Selbstverwaltung zugestanden. Unter diesen Selbstverwaltungskörpern nehmen die wichtigste Stelle die durch das örtliche Beisammenwohnen bedingten Organismen der Gemeinden ein.

Diesen Selbstverwaltungskörpern gegenüber hat der Staat eine ganz andere Stellung als gegenüber den physischen Untertanen und den privatrechtlichen Verbänden. Er hat an der Lebenstätigkeit der Selbstverwaltungskörper ein erhebliches Interesse[2]). Die Selbstverwaltungskörper üben ja Tätigkeiten aus, die begrifflich auch der Staat, der ihnen übergeordnete Organismus, ausüben könnte und ausüben müßte, sobald die Selbstverwaltungskörper

---

[1]) Auch hierbei ist das in der Geschichte schwankende Rechtsverhältnis zwischen Staat und Kirche nicht berücksichtigt.

[2]) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Band II Seite 410 f. u. a. m.

Digitized by Google

nicht vorhanden wären. Wenn nun der Staat die Selbstverwaltungskörper als öffentliche Organismen anerkannt hat, muß er auch darauf achten, daß diese Organismen die Gemeininteressen, deren Pflege ihnen der Staat überlassen (nicht übertragen) hat, auch in der vom Staat für zweckmäßig gefundenen Weise, also nach den vom Staat aufgestellten Grundsätzen vertreten. Der Staat wird für sie Bestimmungen erlassen, die ihre Selbstverwaltungstätigkeit im wesentlichen regeln.

Diesem Verhältnis entsprechend wird sich besonders die Aufsicht, die der Staat über die Tätigkeit der Selbstverwaltungskörper übt, anders gestalten, als die Aufsicht des Staates über die Untertanen. Er wird ihre gesamte Tätigkeit positiv und negativ beaufsichtigen d. h. er wird sowohl zusehen, daß sie die ihnen überlassenen Aufgaben erfüllen, als auch, daß sie bei Ausübung der freien Verwaltungstätigkeit nicht gegen die Interessen des Staates verstoßen. Der Staat wird zu diesem Zwecke nicht nur den Selbstverwaltungskörpern für ihre Verwaltungstätigkeit ausgiebige Regeln und Vorschriften machen, sondern er wird auch ihre freie Tätigkeit dauernd beaufsichtigen müssen. Er kann sich nicht damit begnügen, alle Tätigkeiten, die er als dem Staatswohle zuwiderlaufend ansieht, prinzipiell zu verbieten.

Andere dem Staate eingegliederte und ihm unterworfene Herrschaftsobjekte als physische Personen, privatrechtliche Verbände und öffentlich-rechtliche Organismen gibt es nicht[1]). Es

[1]) Die Dienstaufsicht des Staates über seine Beamten, die Ausführer seines Willens, kann hier füglich unerörtert bleiben. Es ist — Seite 17 f. — schon das Notwendige darüber gesagt. M. E. geht es aber nicht an, wie Schoenborn es tut, diese Aufsicht des Staates über seine Beamten mit der Staatsaufsicht über die Selbstverwaltungskörper völlig auf gleiche Linie zu stellen. Abgesehen davon, daß man die Selbstverwaltungskörper als Staatsorgane doch nur bezüglich der Angelegenheiten des sog. übertragenen Wirkungskreises betrachten kann, ist auch im Gebiete dieser Angelegenheiten ihre Stellung zum Staate eine wesentlich andere, wie die des Beamten zum Staate. Diese Angelegenheiten sind ihnen doch nicht „übertragen“, wie dem Beamten seine Amtsgeschäfte, sondern nur „überlassen.“ Sie haben auf diese Tätigkeiten dasselbe primäre Recht wie der Staat. Am besten zeigt sich dieser Unterschied dann, wenn man die Fortexistenz beider Kategorien bei Wegfall das Staates bedenkt: der Selbstverwaltungskörper kann auch bei Wegfall des Staates in derselben Weise tätig sein, der Beamte ist nach Wegfall des Staates als solcher undenkbar.

Digitized by Google

UNIV. OF CALIFORNIA

bleibt jetzt nur noch das Herrschaftsrecht eines Staates über einen anderen Staat zu untersuchen.

Zunächst sind hierbei alle die Verhältnisse auszuscheiden, in denen von zwei neben einander bestehenden Staaten der eine bestimmte Herrschaftsrechte über den anderen besitzt[1]). Diese Verhältnisse sind für die vorliegende Frage der staatsrechtlichen Aufsicht einfach; bei ihnen liegen zumeist bestimmt begrenzte Herrschaftsbefugnisse des einen Staates vor. Infolgedessen hat sich auch seine sich aus den Herrschaftsrechten ergebende Aufsicht positiv und negativ an die vertraglichen Bestimmungen zu halten, die das Herrschaftsrecht des einen über den anderen festlegen.

Schwieriger ist die Frage, und damit ist der Kernpunkt der Arbeit erreicht, wenn nicht von zwei neben einander bestehenden Staaten der eine Herrschaftsrechte über den anderen besitzt, sondern wenn von mehreren Staaten ein sie alle umfassender und demgemäß über ihnen stehender und sie beherrschender Staat gebildet wird. Es ist ein derartiger Organismus nach langem Streite von der wissenschaftlichen Literatur endgültig als Bundesstaat oder Staatenstaat[2]) bezeichnet worden. Das Deutsche Reich ist aber ein solches Gebilde, ein Bundesstaat.

Jeder Bundesstaat wird seinem Wesen nach von einer Anzahl von Staaten in der Weise gebildet, daß alle diese in ihm vereinigten Staaten begrifflich Staaten bleiben und trotzdem der von ihnen allen gebildete Organismus auch seinerseits alle begrifflichen Merkmale eines Staatswesens hat. Ein Staat muß aber seinem Begriffe nach Gebiet, Untertanen und Herrschaftsrechte haben. Im Bundesstaate müssen daher sowohl die Gliedstaaten,

---

[1]) Es gehören hierher alle auf Staatsverträgen beruhenden Staatsservituten; in Deutschland die auf den Militärkonventionen beruhende Übertragung der Heeresverwaltung einzelner Bundesstaaten an Preußen. Auch die sogen. Suzeränitätsverhältnisse (Türkei-Ägypten, Türkei-Bulgarien — letzteres wenigstens bis vor kurzem —) sind hierunter zu beziehen.

[2]) Mehrfach wird auch noch zwischen diesen beiden Bezeichnungen ein wesentlicher Unterschied angenommen. — Die reiche Literatur bei Laband Deutsches Staatsrecht (kleine Ausgabe 1907) S. 15. Kritischer jetzt auch bei Walther, Das Staatshaupt in den Republiken (Heft 14 der Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, herausgeg. von Brie und Fleischmann) 1907 S. 52 ff.

Digitized by Google

UNIV. OF
CALIFORNIA

als auch der sie umfassende Bundesstaat diesen notwendigen Erfordernissen genügen. Da nun der Bundesstaat nicht neben, sondern umfassend über den Gliedstaaten steht, also kein besonderes Staatsgebiet und keine von den Untertanen der Gliedstaaten verschiedenen Untertanen hat[1]), muß beim Entstehen jedes bundesstaatlichen Gemeinwesens ein rechtliches Verhältnis gefunden werden, das mit Rücksicht auf ein und dieselben Herrschaftsobjekte sowohl den Gliedstaaten als auch dem Bundesstaate zu den begrifflichen Erfordernissen eines Staates verhilft: es muß eine Teilung und ein Ineinandergreifen in den Rechtsverhältnissen der Gebietshoheit und der staatlichen Herrschaft über die Untertanen gefunden werden, die dem Bundesstaate und den Gliedstaaten Gebiet, Untertanen und Herrschaftsrechte von Rechts wegen gewährleisten.

---

[1]) Die in gewisser Beziehung vorhandenen Abweichungen hiervon z. B. beim Reiche bezügl. Elsaß-Lothringens und der Schutzgebiete, beruhen auf besonderen Gesichtspunkten.

Digitized by Google

Lebenslauf

Ich wurde am 3. Dezember 1880 als jüngster Sohn des damaligen Fleischermeisters Eduard Kiefer zu Festenberg, Kreis Groß-Wartenberg in Schlesien geboren. Bis zum 10. Lebensjahre besuchte ich die Volksschule meiner Heimatstadt. Ostern 1891 trat ich in das Elisabet-Gymnasium zu Breslau ein, das ich Ostern 1901 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich widmete mich der Rechtswissenschaft und studierte die ersten beiden Semester in Bonn, das dritte in München, die übrigen in Breslau. Am 23. März 1905 bestand ich die erste juristische Prüfung und war sodann bei dem Amtsgericht in Wünschelburg, dem Landgericht in Brieg, der Kgl. Staatsanwaltschaft in Breslau, dem Rechtsanwalt und Notar Geh. Justizrat Berger in Breslau und dem Amtsgericht Breslau als Referendar beschäftigt. Auch an dieser Stelle möchte ich nicht verfehlen meinem verehrten Lehrer, Herrn Geh. Justizrat Professor Dr. Brie, der mir die Anregung zur vorliegenden Arbeit gegeben hat, meinen Dank auszusprechen für die zahlreichen Förderungen, die er der Arbeit hat zu Teil werden lassen.

A. Favorke, vorm. Eduard Trewendt's Buchdruckerei Breslau.

Digitized by Google

YD065078

JN 3432
.K6

247383

74

